

纠纷解决方式之间的联系与互动

陈洪杰*

一、引言

在棚濑孝雄的理论框架中,关于纠纷的解决皆可划入以下两大类型之中:根据合意的纠纷解决和根据决定的纠纷解决。所谓根据合意的纠纷解决,指的是由于双方当事人就以何种方式和内容来解决纠纷等主要之点达成了合意而使纠纷得到解决的情况。这种“合意的达成”既有可能是纠纷当事人通过自我协商而达成的,也有可能是在具有中立性的第三者协助交涉的情形下而达成,后一种情况即是我们通常所说的调解。而所谓根据决定的纠纷解决,指的是第三者就纠纷应当如何解决做出一定的指示并据此终结纠纷的场面。其最为典型的表现形式就是诉讼和仲裁。

棚濑孝雄认为,尽管在根据合意的纠纷解决类型中,建立在当事人意思自治基础上的自由合意是纠纷解决的决定性要件,但是,在当事人为了谋求纠纷解决而开展的利益博弈过程中,总是不可避免地渗入“规范性”和“强制性”的因素,比如,如果可根据规范来强制解决纠纷的审判制度对当事者来说是具有现实性的选择手段,则通过交涉而得到的合意内容一般受到规范的制约。为了拒绝对方的不当要求或者为了使对方接受自己的正当要求,暗示要到法院去解决往往是相当有效果的。此外,在调解过程中,如果在调解者相对于当事者来说出于社会的上层,或者当事者在经济上对调解者有所依靠的情况下,调解者就有可能为了使当事者达成合意而施加种种压力,从而形成一种“强制性的合意”。

同样地,在根据决定的纠纷解决类型中,尽管在诸如诉讼这样的“法的决定过程”中,作为法官决定之依据的一般性规则往往以“有事实A则必须作出决定B”的形式对法官的决定行为进行限定,但在这一过程中仍然为决定者保留着自由裁量的可能性。在这种情形下,决定者就有可能为了追求“定分止争、案结事了”的目的而根据具体状况灵活机动地“敲打”各方当事人的利益主张,使当事者之间的立场能够更趋一致,从而在根本上化解纠纷。

* 作者系厦门大学法学院民商法博士研究生。

由此可见,将现实生活中的纠纷解决过程以合意还是决定、状况性还是规范性的类型来加以截然区分是不可能的。这些因素总是混合在一起,而且混合的程度随纠纷当事者、利害关系者以及社会一般成员的利益所在、他们相互间的力量对比关系、与其他纠纷解决过程的关联等状况的不同而多种多样。^① 建立在前述认知的基础上,下文拟就调解、仲裁、诉讼这三种最基本的纠纷解决方式之间的联系与互动问题展开讨论。

二、调解与诉讼之间的联系与互动

调解的基本形态是中立的第三者通过协助争议的当事人进行交涉或者提供相关信息,以促成当事人达成解决纠纷的合意。诉讼的基本形态是由中立的第三者根据对一般性规则的把握和纠纷事实的判断,在无须促成当事人合意的情况下作出有拘束力的判决,并可强制当事人服从。从上述基本形态出发,调解与诉讼之间的差异是显而易见的。然而,此种差异并没有使调解与诉讼互相排斥,相反,调解和诉讼在许多国家和地区还呈现出互相融合、互相补充的趋势,主要表现为:

(一)诉讼“阴影”下的调解

相对于调解而言,诉讼由于有一般性法律规则作为参照,具有结果可预测性的特征,因此,对将来可能的审判结果的预测就经常会成为调解过程中当事人进行利益博弈的筹码。此外,当事人也有可能会出于尽可能避免将纠纷卷入代价高昂的诉讼程序这样的考虑,以一种更为积极的态度在调解过程中谋求达成合意。由此可见,审判这样的“法的决定过程”在为诸如调解这样的诉讼外纠纷解决模式提供参照的同时,也以一种间接的方式促成了调解。

比如,在日本,法院为了应对某一类型的纠纷急剧上升并涌入法院而采取的“标准化”策略既解决了司法服务供不应求的“拥堵”现象,并且也不会导致纠纷解决的质量显著降低。一个典型的例子就是,因交通事故请求损害赔偿的案件在20世纪60年代后期开始急剧上升。受到这种现象的影响,像东京、大阪这样的大城市中的法院通过设立“专业庭”以处理此类案件,同时,还规定有关过失犯罪的法律标准,并且对损害赔偿额的估价进行了分类。其结果,使得事故受害者和保险公司在交通事故损害赔偿案件中,能够较客观地预测出法院的判决结果。这种司法策略的实施带来了一个戏剧性的效果,即交通事故并没有减少,但提起诉讼的案件却锐减。这是因为,虽然通过法院直接处理的案件率下降了,但当事

^① 参见[日]棚濑孝雄:《纠纷的解决与审判制度》,王亚新译,中国政法大学出版社2004年版,第10~18页。

人通过自觉运用法院建立的法律标准进行交涉以解决案件的比例却大幅度上升了。^①

在我国,诉讼“阴影”下的调解还表现为人民法院围绕审判职能对调解的支持和指导。比如武汉市出台的《关于建立司法调解与人民调解相互衔接配合工作机制的试行办法》就要求市、区两级人民法院指定相关业务庭和人民法院庭的具有丰富经验的审判人员担任各种人民调解委员会的指导员,负责对人民调解工作的业务指导。具体职责是:帮助人民调解委员会规范工作机制、工作程序、工作制度,对调解方式及技巧、调解文书制作等方面进行指导,同时接受人民调解员在调解过程中遇到的相关法律问题的咨询,切实建立起定员、定点、定期联系制度。^②

(二)法院对调解协议的承认与执行

调解是以当事人之间的合意作为立足点的,因此,一旦调解成功,绝大多数调解协议都是在当事人自愿的基础上被履行的。不过在现实生活中,难免会出现当事人达成调解协议后又反悔的情况,又由于主持调解程序的中立第三方并不具备强制执行调解协议的权力,纠纷当事人最终往往不得不诉诸法院的权力来执行调解协议。此时,法院应如何对调解协议的效力予以承认便成为联系调解与诉讼之间的衔接点。对此问题,我国的相关法律一度处于自相矛盾的混乱之中,比如,《民事诉讼法》第16条规定:“人民调解委员会依照法律规定,根据自愿原则进行调解。当事人对调解达成的协议应当履行。”但同时又规定:“不愿调解、调解不成或者反悔的,可以向人民法院起诉。”这样的规定导致在调解实践中,调解协议被随意撕毁的情形比比皆是,既浪费了社会的调解资源,也容易造成讼累。

有鉴于此,2002年最高人民法院《关于审理涉及人民调解协议的民事案件的若干规定》(以下简称《人民调解规定》)第1条郑重规定:“经人民调解委员会调解达成的、有民事权利义务内容,并由双方当事人签字或盖章的调解协议,具有民事合同性质。当事人应当按照约定履行自己的义务,不得擅自变更或解除调解协议。”与此同时,《人民调解规定》第2条还赋予调解协议当事人向法院起诉请求执行调解协议的权利,这些规定大大增强了调解协议的效力和可执行性,强化了调解程序的实效性。在此基础上,《人民调解规定》同时还规定了法院对诉讼外调解进行合法性审查的程序,比如,调解协议存在如下情况的,当事人可

① [日]小岛武司:《司法制度的历史与未来》,汪祖兴译,法律出版社2000年版,第33页。

② 李云雄:《关于司法调解与人民调解衔接问题的研究》,载《中国司法》2008年第3期。

以起诉请求确认协议无效:(1)损害国家、集体或者第三人利益;(2)以合法形式掩盖非法目的;(3)损害社会公共利益;(4)违反法律、行政法规的强制性规定;(5)人民调解委员会强迫调解的,调解协议无效。而对于下列调解协议,当事人一方则有权请求人民法院变更或者撤销:(1)因重大误解订立的;(2)在订立调解协议时显失公平的;(3?)一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危,使对方在违背真实意思的情况下订立的调解协议。由此,偏重促成当事人合意的调解与偏重贯彻法意志的审判之间就借助于对调解协议效力的承认和执行问题发生了关联,并提供了这么一种契机,使得国家正式司法制度对即便是处在国家权力场域之外的纠纷解决活动仍得以施加一种合法性控制,并在一定程度上将“法的标准”渗透进民间自治性的纠纷解决活动中去。

(三)法院调解

法院调解作为一项具有中国特色的诉讼制度,是调解和诉讼程序相互融合、相互补充的结果,在我国的民商事审判活动中发挥了不可或缺的作用。较之判决而言,法院调解的优势主要表现为:首先,调解可以减少诉讼程序的对抗性,有利于在解决民事纠纷的同时维护双方当事人的长远利益和友好关系;其次,调解可以最大限度地优化纠纷解决程序的效益,快速、简便、经济地解决纠纷,缓解当事人的讼累,降低诉讼成本;第三,有利于当事人充分行使诉权,发挥民事诉讼中当事人的程序主体性作用;第四,调解协议以合意为基础,更易为当事人实际履行,可避免执行中的困难;最后,在实体法律规范不健全的情况下,当事人可以通过调解中的协商和妥协探索双赢的结果。^①

尽管诉讼调解的优势明显,但是在我国,诉讼调解一度呈现出衰落之势。从统计数据上看,法院民事、经济案件的调解结案率从1989年的69%和76%,到2001年已经迅速滑落到36.7%和30.4%。2002年以后,民事经济案件不再区分,民事案件的调解率为31.9%。^②造成诉讼调解衰落的原因是多方面的,其中最为关键的原因是在20世纪80年代后期至90年代,司法政策导向中开始出现否定和冷落调解的趋势,由于当时的审判方式改革旨在提高法院的审判功能和庭审质量,改变传统的诉讼模式,由此否定了以往把调解率作为评价、考核法官业绩的主要标准的做法,从而造成法官不再重视调解,而是热衷于审判权的行使,甚至不顾当事人的愿望“一判了事”。

时至今日,基于纠纷解决的社会需求,现行的司法政策导向已经重新重视起诉讼调解的作用,比如,最高人民法院于2007年3月7日发布的《关于进一步

^① 范愉:《非诉讼纠纷解决机制研究》,中国人民大学出版社2000年版,第576页。

^② 数据来源《中国法律年鉴》和《中国统计年鉴》,转引自范愉:《纠纷解决的理论与实践》,清华大学出版社2007年版,第410页。

挥诉讼调解在构建和谐社会中积极作用的若干意见》(以下简称《关于诉讼调解的若干意见》)即明确将“能调则调、当判则判、调判结合、案结事了”的审判原则确立为民事审判工作的指导方针。

在诉讼调解日益受到重视的今天,我们对诉讼调解的弊端也应有着清醒的认识。概言之,学界对法院调解制度的批评主要集中在法院调解所采取的“调审合一”的模式,这一模式容易在实践中导致审判和调解二者价值的混淆,其后果是,一方面,当事人合意的因素被过度放大,在当事人合意这面挡箭牌下,程序法和实体法的约束被双重软化了:首先,它软化了程序法对法官的约束,造成法官行为失范和审判活动无序;其次,它还软化了实体法的约束,导致了调解结果的隐性违法和审判权的滥用。^① 另一方面,实践中经常出现的以判压调、以拖促调的做法极大程度的妨碍了当事人的意思自治,从而造成“合意的贫困化”。例如,湖北省十堰市中级人民法院党组于2003年4月初在各基层院调研中发现,少数法庭和法官为了提高调解结案率,在调解过程中,利用当事人急于实现权益的心理,向一方当事人直接讲明将来可能作出的判决内容,迫使该当事人在将来可能出现更不利于自己的结果与现实的调解方案中作出选择。还有的采取以拖促调的办法,使当事人让步,使本不愿接受调解的一方不得不违背意愿接受调解。^②

面对上述问题,“诉讼调解适度社会化”的理念开始浮现,比如,2007年的《关于诉讼调解的若干意见》第11条规定:“人民法院可以根据法律以及司法解释的规定,建立和完善引入社会力量进行调解的工作机制。人民法院可以引导当事人选择办案法官之外的有利于案件调解的人民调解组织、基层群众自治组织、工会、妇联等有关组织进行调解,也可以邀请人大代表、政协委员、律师等个人进行调解。经当事人同意,法官助理等审判辅助人员受人民法院指派也可以调解案件。”从实践中委托调解做得比较成功的一些法院的情况看,委托调解大致有以下三种模式:(1)法院自己组建调解能力相当强的人民调解员队伍的模式;(2)委托有群众工作经验的组织(如工会、妇联等)进行调解的模式;(3)委托具有专业知识的机构进行调解的模式。例如,委托交警部门调解因交通事故引起的纠纷。^③

委托调解制度一方面可以通过引进社会力量缓解法院调解人手的不足,另

① 李浩:《论法院调解中程序法与实体法约束的双重软化》,载《法学评论》1996年第4期。

② 范愉:《纠纷解决的理论与实践》,清华大学出版社2007年版,第429页。

③ 李浩:《委托调解若干问题研究——对四个基层人民法院委托调解的初步考察》,载《法商研究》2008年第1期。

一方面也可以在一定程度上克服“调审不分”所带来的弊端,因为无论是在诉前阶段还是在诉讼中,通过委托调解的形式都可以实现调解与审判的分离,包括调解员与主审法官的分离,调解活动与审判活动的分离以及和解或调解对象、范围、内容和结果的分离。

不过,并不是所有的案件都适合进行委托调解,李浩教授认为,如果把那些不适合调解的案件也交付诉讼外调解,不仅无助于纠纷的解决,而且还会损害司法的公正性与权威性。因此利用该制度来实现调审分离的努力具有相当的局限性。为进一步克服“调审合一”带来的弊端,笔者认为有必要在我国推行“调审分立”的流程改革,在诉讼程序中确立调解的独立地位,可设立审前调解程序,将调解改造为附设在法院的非诉讼纠纷解决机制,设置调解前置程序,从而解决法官双重身份问题。在实践中,可考虑将调解/准备法官前置,主要负责促成纠纷当事人合意之形成以及相关审前准备工作,但不负责审判。在调解过程中,并不一定要求严格按照法律的规定来查明事实、分清是非,允许法官适当的根据情理来剪裁事实。由于调解/准备法官不负责审判,他们无法像在调审合一模式下所做的那样,在调解遭遇阻力时即调用审判的场景来迫使当事人向自己的意图靠拢,在目的达到之后又将场景切换回调解,在“当事人合意”的掩护下完成对法律的剪裁。换言之,法官无法“以判促调,以判压调”也就意味着调解所要求的“当事人合意”必然会构成对法官权力的有效制约,成为法官策略性行为无形的边界;而如果确实无法达成合意,那么,调解/准备法官在向当事人充分告知诉讼风险之后就应及时将案件移交审判法官,而案件一旦进入审判的场域,法官就必须按照正当程序的要求对事实和法律进行规范化、标准化的操作。目前,已有一些法院在审前调解程序设置的探索上取得了一定经验,如北京市朝阳区人民法院,由法官助理庭前调解,案件自移送审判庭到进入开庭审理前,由法官助理审查诉讼材料,组织当事人交换证据、经法官授权主持调解,调解不成按诉讼程序由法官进行审理,实现了“调审分离”,使调解成为一个相对独立的阶段,有助于在进入审判程序前及时解决部分民事纠纷,使当事人在较为宽松的氛围下,更容易接受调解这一和平解决纠纷的方式,取得很好的效果。^①

(四)法院附设调解

在许多国家和地区,调解与民事诉讼程序的结合还表现为法院附设调解制度。法院附设调解与法院调解的区别在于,它只是一种将调解机关设立在法院的一种调解制度,它的运作是与诉讼程序严格区分开来的。目前,最为典型的法院附设调解形式主要有日本的调停制度、美国的法院附设调解等。

一般而言,法院附设调解程序在流程上与审判程序分立,调解不成的,可以

^① 黄任文:《诉讼调解的实践与思考》,载《人民法院报》2008年1月1日。

由当事人决定是否转入诉讼,调解员除由法官充任外,往往还包括律师、社会工作者等其他人员,且担任调解员的法官一般不参与后续诉讼程序。由此可见,法院附设调解与审判程序之间严格分立可以避免法院调解制度下“调审合一”的弊端,从而在发挥调解功能的同时,又能够维持诉讼程序的独立运作。从美国的实践来看,为了敦促当事人接受调解决定,减轻法院负担,一些地区法院还规定:通过重新审判原告为取得与调解结果相比超出 50% 的赔偿,或被告所支付的赔偿未低于调解决定的 10%,则将给予一定的经济制裁。^① 这些做法具有一定的借鉴意义。

(五)强制调解前置

在不少国家与地区,某些特定类型的纠纷在进入诉讼程序之前必须以调解作为必经阶段。如日本《家事审判法》规定,涉及人事关系的案件由家事裁判所管辖,调停为诉讼程序的必经阶段。在我国大陆地区,长期以来并未采取强制调解前置的做法,而是将自愿原则作为调解的第一大原则。然而,这种情况,“一方面,不可避免地导致随着正式司法体系的加强导致人民调解等替代性纠纷解决方式受到忽视,另一方面,在强调庭审和判决的正规化的同时,一些法官开始忽视调解的功能。”^②因此,在实证分析的基础上,选择那些经证明通过调解能够获得有效解决的纠纷类型,如家事纠纷、相邻关系纠纷等等,确立强制调解前置制度,或许是可取的。有鉴于此,2003 年 12 月 1 日起施行的《最高人民法院关于适用简易程序审理民事案件的若干规定》第 14 条明确规定:下列民事案件,人民法院在开庭审理时应当先行调解:(1)婚姻家庭纠纷和继承纠纷;(2)劳务合同纠纷;(3)交通事故和工伤事故引起的权利义务关系较为明确的损害赔偿纠纷;(4)宅基地和相邻关系纠纷;(5)合伙协议纠纷;(6)诉讼标的额较小的纠纷。但是根据案件的性质和当事人的实际情况不能调解或显然没有调解必要的除外。

(六)小结

法院是现代多元化纠纷解决网络体系中的核心机构,在我国市场化和法治化的进程中,经济活动急速增多。与此同时,由于诚信及社会征信系统的缺失,纠纷也随之大量出现,这些纠纷涌向法院,使法院受理民事案件的数量不断增多。^③ 尤其是那些改革开放实行得早、经济发达、人口集中地区的法院更是不堪重负,比如,在广州,法院受理的大案要案多,复杂性案件比率高,法官忙于结案,个案占用工作时间相对减少,许多法官无法安排更多的时间组织调解,深入到当

① 乔钢梁:《美国法律的调解和仲裁制度》,载《政法论坛》1995 年第 3 期。

② 范愉:《非诉讼纠纷解决机制研究》,中国人民大学出版社 2000 年版,第 463 页。

③ 李浩:《委托调解若干问题研究——对四个基层人民法院委托调解的初步考察》,载《法商研究》2008 年第 1 期。

事人之间,探访和了解当事人以及案件本身的矛盾,导致调解成功率的降低。^①为了克服这一弊病,在实践中,一些地方法院出于为司法减压、提高纠纷解决的效率、降低当事人的成本和取得更好的社会效果等多重因素的考虑,积极推动在法院主导下的民间非诉讼调解,把调解交给民间组织或其他机构去做,把案件过滤在前面,使法院与民调机构合理分工,降低对法院调解工作的强制性要求,方能达到“能调则调、当判则判、调判结合、案结事了”的境界,满足民众对效率和公正的双重诉求。^②

例如,福建省莆田中级人民法院下辖的各基层法院全面实行的诉讼调解与人民调解衔接机制就将现有的纠纷解决资源较好的整合起来,形成一个良好的纠纷解决组织网络,这一机制主要包括以下几个方面:(1)组织网络衔接。形成以法院为主干,司法所为纽带、村(居)调委会等非诉调解组织为基础,相互配合的三级调解网络,覆盖全市。(2)工作制度衔接。人民法庭与人民调解组织等诉讼外调解组织之间,通过实行特邀调解员制度、矛盾纠纷信息通报制度、委托调解和协助调解制度、人民调解员培训制度、指导人民调解组织调处纠纷和依法确认非诉调解协议及其他民事协议的工作制度,形成基层联调联动的工作机制。(3)调解活动衔接。通过委托收案、诉前调解、委托调解、协助调解,以及依法确认非诉调处组织调解达成的协议和其他民事协议的法律效力等,方便群众诉讼,快速、有效地化解矛盾纠纷。^③

我们可以看出,上述的制度构建是以基层的纠纷解决和社会治理作为出发点和立足点的,但值得注意的是,纠纷的化解与和谐社会的构建不应以无原则地突破法律底限和牺牲当事人合法权益为代价,而是需要兼顾司法权威与基层社会自治、法律控制与当事人的解纷需求、纠纷解决的公正与效率、程序公正与具体纠纷的合理解决、国家权力的合理行使与当事人自治、司法权与行政权、公益性法律服务与市场化法律服务以及法院职权与当事人处分权的关系和价值,慎重设计建构基层司法模式和法律服务制度,通过合理的程序和必要的规范保障诉讼中审判与调解的协调。^④

① 张育、彭静雯:《诉讼调解工作之调查研究——以广州地区诉讼调解状况为主要分析对象》,载《考试周刊》2008年第11期。

② 王亚明、杜万松:《中国调解与审判关系新论——从历史的视角》,载《吉林师范大学学报》2007年第6期。

③ 黄健忠、林树文:《妈祖故里“和为贵”——莆田法院构建调解衔接机制纪实》,载《人民法院报》2006年12月26日。

④ 范愉:《纠纷解决的理论与实践》,清华大学出版社2007年版,第466~467页。

三、调解与仲裁之间的联系与互动

仲裁与诉讼都是根据决定的纠纷解决方式,对于此种依据第三者的决定来解决纠纷的机制而言,其被正当化的一个重要方法就是保证决定是按照社会普遍认同的价值规范作出的。为了确保这一点,许多国家制定了严格的仲裁规则,从而使得仲裁程序日趋复杂,耗时、费力,并且仲裁费用也因此变得越来越高昂。这导致仲裁在许多国家都已经陷入困境:为了保障仲裁当事人权益而制定的规则却导致仲裁正在丧失其原有的优点。在这样的背景下,调解开始被导入仲裁,以此来降低仲裁的对抗性和决定性的风险,增强当事人在纠纷解决中的自治因素。具体而言,具有实践价值的调解与仲裁相结合的模式主要有以下两类:

(一)调解—仲裁

这一模式的基本形态是在仲裁流程中设置调解前置程序,如果调解成功,则由仲裁员按照调解协议作出裁决,这种裁决被称为“合意裁决”或“协议裁决”,如果调解不成,则转入仲裁程序由仲裁员最终作出仲裁裁决。调解前置的优势在于,如果双方当事人之间的差距比较小,运用这一方式可以降低纠纷解决的成本,并可以维系当事人之间的合作关系。

根据我国《仲裁法》第51条、第52条的规定,仲裁庭在作出裁决前,可以先行调解。当事人自愿调解的,仲裁庭应当调解。调解不成的,应当及时作出裁决。调解达成协议的,仲裁庭应当制作调解书或者根据协议的结果制作裁决书。调解书与裁决书具有同等法律效力。调解书应当写明仲裁请求和当事人协议的结果。调解书由仲裁员签名,加盖仲裁委员会印章,送达双方当事人。调解书经双方当事人签收后,即发生法律效力。在调解书签收前当事人反悔的,仲裁庭应当及时作出裁决。此外,根据《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》(2005年版)第40条的相关规定,如果双方当事人有调解愿望,或一方当事人有调解愿望并经仲裁庭征得另一方当事人同意,仲裁庭可以在仲裁程序进行过程中对其审理的案件进行调解。在仲裁庭进行调解的过程中,双方当事人在仲裁庭之外达成和解的,视为是在仲裁庭调解下达成的和解。经仲裁庭调解达成和解的,双方当事人应签订书面和解协议;除非当事人另有约定,仲裁庭应当根据当事人书面和解协议的内容作出裁决书结案。如果调解不成功,任何一方当事人均不得在其后的仲裁程序、司法程序和其他任何程序中援引对方当事人或仲裁庭在调解过程中发表过的、提出过的、建议过的、承认过的及愿意接受过的或否定过的任何陈述、意见、观点或建议作为其请求、答辩及/或反请求的依据。

根据上述规定,中国的仲裁机构经常在国际和国内案件的仲裁程序进行中对仲裁案件进行调解。中国国际经济贸易仲裁委员会和中国海事仲裁委员会除了受理仲裁案件外,也受理调解案件。不申请仲裁只申请调解的案件,一般由仲

裁委员会的秘书或副秘书长担任调解员,或者由双方当事人共同选定的仲裁委员会的一位仲裁员担任调解员。如果调解失败,这些调解员均可以在以后的仲裁程序中被指定为仲裁员。两个仲裁委员会对其受理的仲裁案件也可进行调解,也就是在仲裁程序之内进行调解程序,把仲裁程序和调解程序联合起来。^①

从上可以看出,我国的“调解—仲裁”模式在实践操作中,调解员与仲裁员基本是同一的,其优势在于,由于调解员对争议的内容已有相当的了解,在进入仲裁阶段后,他能够迅速做出判断,有助于提高解决纠纷的效率。不过,也有反对意见指出调解员与仲裁员同一的模式也有其弊端,主要是:首先,仲裁员在调解过程中尤其是私下会晤中所获取的信息内容容易导致其对当事人产生好恶感,从而在之后的仲裁过程中对当事人抱有偏见;其次,为了促成当事人达成调解协议,调解员可能利用其兼任仲裁员的身份,对一方当事人施加压力,迫使他们做出不得已的让步;再次,由于顾及调解员将在之后的仲裁中充任仲裁员,当事人将不愿意坦率披露信息,从而降低了达成调解的可能性。但如果调解员与仲裁员由不同的人员担任的话,那么实际上与单独的调解程序加仲裁程序相差无几,难以发挥出基于调解与仲裁互补而产生的优势。对此问题,虽然可采取仲裁员列席调解会议这样的变通方式进行弥补,但也是弊大于利。因为,首先,当事人必须在调解阶段就开始为仲裁员支付费用,这与“调解—仲裁”的目的之一——节省费用相背离;其次,由于仲裁员列席,当事人会力图给仲裁员留下好印象,以便在以后的仲裁中取胜,这将使调解变得和仲裁一样充满对抗性。^②

基于上述考虑,一种被称为“调解—仲裁—选择—退出”(Med-Arb-Opt-Out)的模式赋予当事人在调解结束后的一段时间内重新选择仲裁员的权利,这样一来,既可免除当事人的顾虑,使他们在调解过程中更加坦率。同时,调解员也不至于因为急于达成调解,利用其双重身份对当事人施压。因此,这一模式既尊重了当事人的意思自治,又尽量避免了调解员与仲裁员分离所造成的资源浪费,值得我们借鉴。

(二)调解与仲裁并行

在调解与仲裁并行的情况下,调解与仲裁两个程序不存在绝对的先后顺序问题,而是两种程序同时进行或交叉进行。此种模式最大的优势在于,由于仲裁裁决具有强制性,各方当事人都会尽力收集并在庭上出示对自己有利的证据,这种证据的交流将促使当事人双方抛弃原有的不切实际的想法,对案件的结果形

① 王生长:《仲裁与调解相结合的理论实务》,法律出版社2001年版,第41页。

② Peter Hibberd & Paul Newman, *ADR and Adjudication in Construction Disputes*, Blackwell Science 1999, p. 125.

成一个更准确的估计,从而有利于调解协议的达成。^①不过,从不利的角度来看,仲裁程序的对抗性也可能使双方的关系陷入僵局难以恢复,继而造成裁决执行的困难。具体而言,调解与仲裁并行主要有以下三种表现形式:

1. 仲裁中调解

仲裁中调解是实践中最经常运用的调解与仲裁相结合方式,也是我国仲裁机构最经常运用的一种模式。其基本的运作模式是在启动仲裁程序之后,仲裁员在仲裁过程中的任何时候都可以进行调解,并且不论调解是否成功,最终都由仲裁员做出裁决。仲裁中调解有许多优点:第一,公平与效率的统一。在仲裁程序里进行调解,当事人无须缴纳在单独的调解程序必须缴纳的“调解费”;如果调解成功,后来的仲裁程序就不必继续进行,仲裁庭可以依据调解协议书的内容作出裁决书结案,当事人也可以申请撤案;如果调解不成功,则已经开始的仲裁程序可以迅速地继续进行。第二,在仲裁程序中由仲裁员进行调解,其成功率比调解员在调解程序中进行调解要大。第三,调解员作出的调解书不能到法院申请执行,而通过仲裁员在仲裁程序中调解,双方当事人达成和解协议后,仲裁员根据和解协议作出的仲裁裁决书,法院是给予执行的。第四,有利于维护、巩固甚至发展当事人之间既存的或将来的商业合作关系,最大限度地满足了当事人的商业需要。^②当然,这种调解、仲裁合一的模式弊端也是显而易见的,这在前文已有详细分析,此处不再累述。而为了克服此种弊端,在实践中发展出调解与仲裁平行的一种模式,这就是下文介绍的影子调解模式(shadow mediation)。

2. 影子调解

影子调解的主要模式是:纠纷进入仲裁程序以后,在一个恰当的阶段启动平行的调解程序,由调解员对当事人的争议进行调解。如果调解成功,则终结当事人之间的争议;如果调解不成,平行进行的仲裁程序可以确保争议的最终解决。在这种方式中,仲裁员和调解员不是同一人,调解机构与仲裁机构也是两个不同的机构。这种模式主要是为克服“仲裁中调解”中调解员与仲裁员合一而可能产生的弊端而设计的,但是,这种方式与生俱来的缺陷就在于其是一种高成本的纠纷解决模式。调解员与仲裁员分别独立意味着当事人必须为此支付两笔费用。同时,由于启动调解程序时,调解员对于纠纷的事实一无所知,因此必须从头开始接触案情,这就降低了纠纷解决的效率,时间成本也随之大幅度攀升。

3. 调解与仲裁共存(Co-Med-Arb)

在这种模式中,调解员与仲裁员也是不同一的,但他们共同列席关于纠纷之

^① [美]理查德·A.波斯纳著:《法律的经济分析》(下),蒋兆康译,法律出版社1997年版,第727页。

^② 岳力:《仲裁中调解的功能》,载《人民法院报》2008年3月19日。

争点整理的听证程序。调解员有权与纠纷当事人进行私下会晤,仲裁员不参与这种私下会晤,而是由调解员负责向其披露在与当事人接触过程中获取的信息。调解员全程参与仲裁程序,并在时机适当的时候对当事人进行调解。这是一种结合了调解、影子调解、小法庭和仲裁诸因素的程序变体。^①与影子调解模式相类似,调解与仲裁共存克服了前述调解员与仲裁员合一可能产生的弊端,避免仲裁员受调解阶段的影响,使得当事人抛开顾虑,坦诚面对调解员。同时,由于调解员与仲裁员共同参加事实发现的听证程序,克服了影子调解模式中由于两个事实发现程序而造成的拖延。但是,这一模式仍然带有费用成本相对过高的弊端。

(三)小结

通过上文的分析,我们可以发现并不存在十全十美的调解与仲裁相结合的模式,各种模式都有其独有的优势,但也都带有与生俱来的缺陷。在模式的选择问题上,我们总是在一些关键的问题上面临两难的选择,比如,仲裁员与调解员是否应由同一人兼任?调解程序与仲裁程序是分别独立还是互相融合?对于这些难题,我们有必要在借鉴他国的实践经验时,认真权衡每一种方式的利弊并结合我国的具体国情和历史传统来选择相应的调解与仲裁相结合的模式。比如,关于仲裁员与调解员是否应由同一人兼任这一问题。香港国际仲裁中心前主席尼尔·客普伦教授就认为:调解在亚洲有很长的历史,特别在中国。在那里,仲裁和调解被认为是同一有机组合程序的一部分。在中国人心目中,没有必要去找不同的人担任调解员和仲裁员;然而在西方,调解和仲裁被看做两个不同的程序。仲裁员在仲裁过程中把帽子一换,成为调解员,而且如果调解失败,又继续仲裁,这是不可想象的。如果当事人知道最后由同一个人去裁决他们的争议,就不会愿意在这位调解员的面前将他们所有的牌全面摊在桌子上。^②基于这种认知,在我国的调解与仲裁相结合的模式中就不必刻意的把调解员与仲裁员区分开来,不过,与此同时也应注意采取一些必要的措施来保障当事人的权益,主要有以下几点内容:

1. 尊重当事人的意思自治。首先,调解或仲裁程序的启动应当以当事人的自愿为前提;其次,仲裁员兼任调解员应当取得当事人的同意。如果是调解前置,则在调解之后应当由当事人决定调解员是否继续担任仲裁员。

2. 私下会晤的信息披露原则。调解中一般允许中立调解员私下会晤一方当事人,并根据其判断决定是否向对方披露私下会晤获得的信息。但在仲裁程序中,仲裁员兼任调解员时,原则上应当对私下会晤所获知的信息进行披露,并在

^① 王生长:《仲裁与调解相结合的理论与实务》,法律出版社2001年版,第79页。

^② 唐厚志:《正在扩展着的文化:仲裁与调解相结合》,载《中国仲裁》2001年第4期。

调解中允许双方就此进行辩论,但当事人要求保密的除外。调解员私下会晤前,应当向当事人说明信息披露的规则。

3. 证据使用规则。为了消除当事人对于调解的顾虑,应当禁止当事人将在调解中所获得的信息在仲裁中作为不利于对方的证据使用,包括一方对另一方主张的承认、对自己权利的放弃等。^①

值得注意的是,调解与仲裁相结合之所以受到欢迎,重要原因之一就是其灵活性和常识化的操作,因此,当我们从保障当事人权益的角度出发设定一些程序性规范来对仲裁/调解员的权限进行限制时,也应尽量尊重当事人的意愿和仲裁员的自主性,以最大限度发挥调解与仲裁相结合的自治性和灵活性。

四、仲裁与司法程序之间的联系与互动

仲裁制度作为一种“民间司法”、“准司法”的纠纷解决体系,在其发展之初就与司法制度之间存在着一种矛盾的张力,一方面国家司法制度对仲裁制度存在着一种根深蒂固的不信任,国家始终要借助于法院的司法监督将其权力触角渗入仲裁制度的深层运作;另一方面国家又要确保仲裁制度历史形成的自治性价值不至于因为过度的司法监督而丧失殆尽。这么一种矛盾的张力使得仲裁与司法程序之间时时刻刻发生着千丝万缕的联系,从我国的情况来看,主要存在着以下两种联系与互动的方式:

(一)普通民商事仲裁与司法程序之间的联系与互动

仲裁权与司法权是两种不同的权能,前者是指仲裁机构基于当事人的授权而具有的权能,是当事人“私权的让渡”;而司法权则属于国家公权力,是国家赋予审判机构的权力,两者以解决民事纠纷的同一性和法制同一性的目的构成其联系基础。主要表现为:如果仲裁机构依法正确行使仲裁权,审判权则对此予以支持和维护;如果仲裁机构没有依法行使权力,审判机关则通过行使审判权予以纠正。由此可见,普通民商事仲裁与司法程序之间的联系与互动主要是建立在司法对仲裁的支持与监督关系的基础上的。

1. 司法权对仲裁的支持

我国司法实践中法院对仲裁活动的支持主要体现在财产保全、证据保全和裁决的强制执行等方面。

(1)财产保全

财产保全是法院或仲裁机构对受理的民事经济纠纷在作出判决或裁决之前,为保证将来作出的判决或裁决发生法律效力后能得到全面履行,而对当事人

^① 范愉主编:《多元化纠纷解决机制》,厦门大学出版社2005年版,第470~471页。

的财产或争议标的所采取的强制执行措施。^① 仲裁程序中的财产保全既包括仲裁程序开始前的财产保全,也包括仲裁过程中实施的财产保全。在我国,仲裁庭无权采取财产保全措施,必须由当事人向相关人民法院提出申请,由法官采取财产保全措施。《仲裁法》第28条规定:“一方当事人因另一方当事人的行为或其他原因,可能使裁决不能执行或者难以执行的,可以申请财产保全。当事人申请财产保全的,仲裁委员会应当将当事人的申请依照民事诉讼法的有关规定提交人民法院。”关于涉外仲裁中的财产保全问题,《民事诉讼法》第256条规定:“当事人申请采取财产保全的,中华人民共和国的涉外仲裁机构应当将当事人的申请,提交被申请人住所地或者财产所在地的中级人民法院裁定。”

(2) 证据保全

《仲裁法》第46条规定:“在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下,当事人可以申请证据保全。当事人申请证据保全的,仲裁委员会应当将当事人的申请提交证据所在地的基层人民法院。”关于涉外仲裁中的证据保全问题,《仲裁法》第68条规定:“涉外仲裁的当事人申请证据保全的,涉外仲裁委员会应当将当事人的申请提交证据所在地的中级人民法院。”

(3) 对仲裁裁决的承认和执行

仲裁裁决生效以后,如果一方当事人不履行裁决的,另一方当事人可以依照民事诉讼法的有关规定向人民法院申请执行。

2. 司法权对仲裁的监督

(1) 对仲裁协议效力的审查

当事人自愿并以书面形式达成的仲裁协议是仲裁机构受理案件的前提或依据。我国仲裁法承认法院有权审查仲裁协议的效力,根据我国《仲裁法》第20条规定:“当事人对仲裁协议的效力有异议的,可以请求仲裁委员会作出决定或者请求人民法院作出裁定。一方请求仲裁委员会作出决定,另一方请求人民法院作出裁定的,由人民法院裁定。”由此可见,人民法院对仲裁协议有效性及仲裁管辖权在一定情形下享有最终审查、监督权。

(2) 对仲裁裁决的审查

在我国,法院对仲裁裁决的审查可具体分为三种制度:即申请撤销仲裁裁决、通知重新仲裁和申请不予执行裁决制度。

关于申请撤销仲裁裁决制度,《仲裁法》第58条规定:“当事人提出证据证明裁决有下列情形之一的,可以向仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销裁决:(一)没有仲裁协议的;(二)裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁委员会无权仲裁的;(三)仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的;(四)裁决所

^① 徐淑萍:《中间裁决初探》,载《政法论坛》1997年第4期。

根据的证据是伪造的;(五)对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据的;(六)仲裁员在仲裁该案时有索贿受贿,徇私舞弊,枉法裁决行为的。”“人民法院经组成合议庭审查核实裁决有前款规定情形之一的,应当裁定撤销。”“人民法院认定该裁决违背社会公共利益的,应当裁定撤销。”第71条规定:“当事人提出证据证明裁决有民事诉讼法第二百六十条第一款规定的情形之一的,经人民法院组成合议庭,裁定撤销。”

通知重新仲裁,是指在一定条件下,人民法院可以要求仲裁庭对已经作出裁决的案件重新进行仲裁。根据我国《仲裁法》第61条规定:“人民法院受理撤销裁决的申请后,认为可以由仲裁庭重新仲裁的,通知仲裁庭在一定期限内重新仲裁,并裁定中止撤销程序。仲裁庭拒绝重新仲裁的,人民法院应当裁定恢复撤销程序。”

对于申请不予执行裁决制度,我国《民事诉讼法》区分国内裁决和涉外裁决分别作出了规定。该法第213条规定:“被申请人提出证据证明仲裁裁决有下列情形之一的,经人民法院组成合议庭审查核实,裁定不予执行:(一)当事人在合同中没有订有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的;(二)裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁机构无权仲裁的;(三)仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的;(四)认定事实的主要证据不足的;(五)适用法律确有错误的;(六)仲裁员在仲裁该案时有索贿受贿,徇私舞弊,枉法裁决行为的。”第258条规定:“对中华人民共和国涉外仲裁机构作出的裁决,被申请人提出证据证明有下列情形之一的,经人民法院组成合议庭审查核实,裁定不予执行:(一)当事人在合同中没有订有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的;(二)被申请人没有得到指定仲裁员或者进行仲裁程序通知,或者由于其他不属于被申请人负责的原因未能陈述意见的;(三)仲裁庭的组成或者仲裁的程序与仲裁规则不符的;(四)裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁机构无权仲裁的。”

上述法律规定,构成了我国司法对仲裁司法审查的基本框架,它对于促进仲裁事业的发展,发挥仲裁在解决民事争议过程中的作用方面起到了积极的影响。尽管如此,法院在撤销或拒绝执行仲裁裁决的程序中对裁决所施加的司法“控制”最受人诟病之处即在于它是造成“仲裁诉讼化”的主要原因之一。所谓的“仲裁诉讼化”是指仲裁在程序运作上与诉讼程序越来越像,并日趋复杂。我国的仲裁法对国内仲裁和涉外仲裁实行双轨制,法院对涉外仲裁裁决只进行程序审查,不审查裁决的实体,而对无国际性因素的国内仲裁裁决的审查标准既涉及程序问题,也涉及实体性问题。可以设想,在要求仲裁像诉讼那样运作的情况下,法院就会对仲裁裁决进行严格的程序审查和实体审查,其结果是商事仲裁的最终无法实现,当事人希望迅速、及时解决争议的合理愿望落空,仲裁的效益性被破坏,社会资源遭到浪费。

比如,随着我国这几年经济的迅猛发展,许多新兴行业如雨后春笋般发展起来,如IT、投资,其特点就是具有较高的专业性,并且我国对于这些行业还缺乏立法规范。因此,这些行业中的大部分纠纷采取仲裁方式处理,其主要原因是这些新兴行业由于专业性较强,法官基于知识上的匮乏,难以运用公平和诚实信用原则进行裁量。而仲裁则符合专业性的需求,许多仲裁员都是行业专家,能够比较熟练地运用行业惯例裁决案件,而且作出裁决的时候只要在不违反法律规定的前提下,仲裁员可以根据行业惯例、法理或善意公允原则进行裁决,这样使得纠纷的解决更为方便。但是,由于我国法院对仲裁裁决进行实体审查,这使得仲裁庭更注重对法律的运用,以求与法院保持一致。对于一些新型纠纷法律根本没有作出规定,而我国法院又不予受理,此时当事人提交仲裁,仲裁庭出于对仲裁裁决最终是否会被撤销的考虑作出了不支持仲裁请求的裁决。仲裁庭采取与法院相同的处理方式,这使得仲裁应具有的专业性特点逐渐丧失。^①

仲裁的诉讼化与当事人对仲裁的期望背道而驰,使仲裁作为替代诉讼的争议解决方式失去了其固有的优势,并因其优越性的丧失而面临来自其他替代争议解决方式的挑战。因为仲裁之所以得以发展正是基于它与诉讼的不同和由此带来的比较优势,人们对仲裁的期待是“快速、灵活、非正式、私人性、相对花费不多以及有助于终局性”,仲裁的诉讼化使得原本期望避免的与诉讼联系在一起的拖延和费用也成为仲裁的标志。^②

作为仲裁诉讼化的对策,应当建立在正确的仲裁理念基础之上,仲裁制度特别体现了私法文化中的意思自治理念。意思自治,是指当事人依照自己的理性判断,去设计自己的生活,管理自己的事务。在仲裁中,当事人有充分的选择权和控制权,仲裁制度体现出一种自治文化。这是仲裁最根本的性质,也是仲裁之所以为仲裁的主要体现,更是仲裁能够产生并发展的一个主要动因。此一特性将仲裁和诉讼截然区分开来,也将仲裁制度的民间性和私法文化基础体现得十分明显。虽然,国家通过制定仲裁法,以及通过司法机关进行监督和保障执行,但这是政治国家保障仲裁发展应负的责任,没有逾越基本的权力范围。仲裁制度和程序本身还是充分体现对当事人私权的尊重和主体性的保障,这样的仲裁自治文化是私法文化的体现。^③ 以上述理念作为立足点,可考虑以下具体举措对目前仲裁领域的诉讼化倾向予以克服:

首先,立法对仲裁裁决的形式和内容不应施以过苛要求,尤其不应强加给仲

① 吴慧琼、徐涛:《我国仲裁司法审查之完善》,载《仲裁研究》(2008年第1期),法律出版社2008年版。

② 丁颖:《仲裁的诉讼化及对策》,载《社会科学》2006年第6期。

③ 潘静波:《影响仲裁制度发展的文化因素分析》,载《人民法院报》2008年6月4日。

裁判员说明裁决理由的义务。正如美国法院的一份判决所指出的:“要求仲裁员在每个案件中都对其推理进行解释虽然有助于发现对提交仲裁的争议未适用法律的严重情况,但此种规则会破坏仲裁的目的,即提供相对迅速、富有效率和非正式的私人争议解决方式。”“仲裁员解释其裁决的义务的程度必然与对其裁决的司法审查的范围有关”。^①

其次,遵循程序主体性原则,以当事人意思自治为本位。仲裁与诉讼的最大不同点,就是当事人意思自治。正如英国著名学者施米托夫所说:“商事仲裁的首要原则是当事人意思自治。”当事人意思自治是仲裁诉讼化倾向克服的最重要的程序原则和法理基础。以当事人的意思自治为本位,应当确定一个原则,即关于仲裁的进行,以当事人的选择为优先。^②如1985年《联合国国际商事仲裁示范法》第19条第1款规定:“以服从本法的规定为准,当事各方可以自由地就仲裁庭进行仲裁所应遵循的程序达成协议。”在具体环节上,一般应依法进行,但当事人另有约定的除外。再以前述示范法为例,其第21条规定:“除非当事各方另有协议,特定争议的仲裁程序,于上诉人收到将该争议提交仲裁的请求之日开始。”

最后,应将仲裁司法审查的范围限制在程序问题上,而且对国内仲裁和涉外仲裁适用同一种审查标准。这是因为无论从仲裁“一裁终局”的基本特征来看,还是从国际上仲裁审查的发展趋势来看,对仲裁的司法审查仅限定在程序范围内都是必要的,如果承认对仲裁裁决的是非曲直进行复审,无异于使仲裁程序从属于法院程序。那么能够引起仲裁裁决被撤销的程序事由应包括哪些呢?通过对不同国家的立法考察,可以发现尽管具体规定有些区别,但总的来说,各国允许当事人提出撤销仲裁裁决申请的情形一般都限于程序性事项,即只有当仲裁庭的仲裁行为严重侵犯了当事人的程序基本权,才允许当事人提出撤销申请。而且,为了有效防止司法权的滥用,保护仲裁的独立性,这种对程序基本权的侵犯必须足够严重以致立法对其有明确的规定,法院才能依此撤销仲裁裁决。例如,没有仲裁协议,仲裁协议无效或者失效;仲裁庭的组成方式及仲裁员的指定不符合法律规定的程序;仲裁庭行使仲裁权超出其权限范围或违反了法定程序;当事人被剥夺或限制了陈述案件的权利;仲裁员在仲裁该案时有索贿受贿、徇私舞弊、枉法裁决行为;仲裁程序违反公共政策;仲裁解决的是不可仲裁的争议。^③

① Sobel v. Hertz, Warner & Co., 469 F.2d. 1211, 1214.

② 王小莉:《论仲裁制度的诉讼化》,载《仲裁研究》(2005年第3期),法律出版社2005年版。

③ 侍东波:《论撤销仲裁裁决制度的完善》,载《人民法院报》2008年7月2日。

(二)劳动争议仲裁与司法程序之间的衔接

劳动争议仲裁,是指劳动争议仲裁机构对当事人请求解决的劳动争议,依法居中公断,进行裁决。劳动争议仲裁经一方当事人申请即可启动,不以另一方当事人的同意为条件,因此是一种强制仲裁。我国最高人民法院在《关于劳动争议委员会逾期不做出仲裁裁决或者做出不予受理通知的劳动争议案件人民法院应否受理的批复》中明确指出:“根据《中华人民共和国劳动法》第79条规定的精神……未经劳动仲裁裁决的劳动争议案件,当事人直接向法院提起诉讼的,法院不予受理。”由此可见,劳动仲裁是诉讼的前置程序和必经程序,只有对仲裁裁决不服时才可向人民法院提起诉讼。客观地讲,我国的劳动争议处理所采用的这种“先裁后审”的处理机制在实践中发挥了一定作用,仲裁强制前置原则可以充分发挥劳动争议仲裁机构处理劳动争议的专长,及时解决劳动争议,维护劳动者的合法权益,减轻人民法院的工作压力。但这种仲裁强制前置的模式也在实践中暴露出一些问题,值得我们予以重视:

其一,当事人对劳动争议裁决的部分事项不服向人民法院起诉的,依据民事诉讼“不告不理”的原则,法院只能对当事人部分不服事项是否符合法律规定进行审理,而不能对当事人已服事项进行审理,但是根据最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》第17条的规定:“劳动争议仲裁委员会做出仲裁裁决后,当事人对仲裁裁决中的部分事项不服,依法向人民法院起诉的,劳动争议仲裁裁决不发生法律效力。”也就是说,当事人只能依据法院裁决的内容就不服事项向人民法院申请强制执行。因为人民法院强制执行的依据必须是已经生效的仲裁裁决,而劳动争议委员会对已服事项的裁决是没有法律效力的,所以当事人必然丧失就该劳动争议仲裁裁决向人民法院申请强制执行的权利。^①

其二,在现有的制度框架下,只要劳动争议当事人对劳动仲裁裁决不服即可启动司法程序进行诉讼,也会造成解决争议的周期过长,成本过高的弊端。

对于上述问题,或许最根本的解决办法在于彻底改变目前施行的仲裁强制前置、先裁后审的“单轨制”模式,借鉴“或裁或审、各自终局”的“双轨制”,来改善两者的关系,使两者真正和谐衔接,协调发展。从比较法的视野来看,有很多国家的立法例可供我们参考。比如,在瑞典,劳动争议的类型可分为权利争议和利益争议,其中权利争议可通过司法程序解决,也可通过仲裁解决;利益争议只能由国家调解办公室强制调解,调解不成,调解机构将会力劝双方提交仲裁解决争议。在英国,劳动争议处理按个人权利争议和集体争议的不同而有不同的处理

^① 李亦中、瞿栋:《论劳动争议仲裁与民事诉讼的协调》,载《中南财经政法大学研究生学报》2006年第6期。

程序,个人争议的当事人可选择协商、调解、仲裁或诉讼的方式解决;而集体争议的当事人只能选择协商、调解、仲裁的方式解决,不能选择诉讼的方式。在新加坡,将劳动争议分为劳资(雇佣、工资、保险等)纠纷和工伤赔偿纠纷,而劳资纠纷又分为非工会劳资纠纷和有工会劳资纠纷。对于有工会劳资纠纷只能协商或仲裁,仲裁庭的裁决是终局的,当事人必须执行,不得上诉。^①

“双轨制”的引入,贯彻了当事人意思自治的原则,也符合劳动争议处理遵循自愿原则的发展趋势;同时也更彻底地解决了时效尴尬,使当事人享有劳动仲裁与诉讼的充分救济,并且可以大大提高纠纷解决地效率,节约纠纷解决的社会成本和当事人成本。不过,这一方案的可行性基础是建立在劳动争议仲裁机构人员素质大幅度提高,程序规范逐步完善的前提上的,因此,在我国现有用人体制的大环境下,不可操之过急,盲目推行。从这个角度来看,《劳动争议调解仲裁法》第47条新创的劳动仲裁“有条件一裁终局”的模式也体现了立法者的审慎态度,所谓有条件的一裁终局是指,对于追索劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金,不超过当地月最低工资标准十二个月金额的争议,以及因执行国家的劳动标准在工作时间、休息休假、社会保险等方面发生的争议,劳动仲裁裁决对用人单位是终局裁决。由此可见,对于这两类案件,用人单位没有起诉的权利,只能去中级法院申请撤销仲裁裁决。相反,对此两类裁决,劳动者却还有起诉的权利,即终局裁决是否确实终局,是以劳动者的选择为准的。这样的制度设计一方面有利于最大限度地降低劳动者的维权成本,另一方面也可为将来在劳动仲裁领域全面导入“双轨制”积累经验,有利于长远的制度规划。

五、结语

在社会学意义上,纠纷是特定的主体基于利益冲突而产生的一种双边或多边对抗行为。纠纷当事人作为社会成员,通常同属于某个特定的社会集团,其行为处于该集团全体成员的相互行为的网络之中,因此,纠纷不是孤立产生的,其解决过程也不是独立的。在这个过程中,该社会成员的价值准则、社会规范的状况(规范化调整的程度,如法律、道德在社会生活中的地位和作用,以及规则的确定性、合理性等),以及作为社会介入标志的第三方(介入方式、权威,例如司法机关、调解组织)等因素,都直接或间接地影响着纠纷解决的过程及其结果。^②因此,在不同的社会发展阶段,针对不同的社会需求,根据社会主体的选择建立适应本国或本地需要的多元化纠纷解决机制是人类社会发展的共同规律。

在纠纷解决中,方式的选择至关重要,多元化的方式重在保证当事人对纠纷

① 蒋桥生:《劳动争议处理程序机制完善探讨》,载《人民法院报》2008年1月22日。

② 范愉主编:《多元化纠纷解决机制》,厦门大学出版社2005年版,第48~49页。

解决途径和方式拥有充分的选择自由。现有的各种具体纠纷解决方式大体上都可在此类型上划入协商、调解和裁决这三种最基本的纠纷解决模式中:协商是双边的,强调当事人双方的合意;调解解决是协商的延伸,其特点是,中立的第三人不作出决定,最终处分权由双方当事人掌握;裁决性的纠纷解决则在双方达不成合意时,由中立的第三方作出当事人必须接受的纠纷处理方案。裁决者必须具有特定的权力和权限,这种权力来源既可以是法定的,也可以是源自于双方当事人的共同委托。协商、调解和裁决这三种最基本的纠纷解决模式体现了纠纷解决程序和手段的多元性,可以分别与不同的机构、价值取向和功能相互结合,并在纠纷解决过程中通过各种各样的方式发生联系和互动,我们所要做的,就是因时、因地制宜,将各种纠纷解决方式有效的整合起来,使其达到效用最大化。